

MODIFICACIONES A LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO A TRAVÉS DE LA LEY N° 29873

Amílcar Adolfo Mendoza Luna

Magíster en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho, Universidad Tor Vergata de Roma.

1. SOBRE LA VIGENCIA DE LAS MODIFICACIONES

Como es de conocimiento público, el 01 de junio de 2012 fue publicada en el diario oficial "El Peruano" la Ley N° 29873, la cual modifica al Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado¹.

Conforme a lo previsto en el artículo 51° de la Constitución Política del Perú, la publicidad de las normas es esencial para la W de toda norma del Estado. No se concibe que el texto de una norma, que por su carácter es obligatoria, sea desconocido por la población que debe cumplirla. Es decir, solo se puede cumplir una norma que es de conocimiento público y sobre la que hay certeza de su contenido. A lo anteriormente dicho, se agrega el artículo 109° de la propia Constitución Política que indica la obligatoriedad de la Ley desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial (es decir, El Peruano), salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

Puede interpretarse literalmente del artículo 109° de la Constitución que la Ley 29873, con las modificaciones que introduce debiera tener vigencia a partir del 02 de junio de 2012. No obstante, la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 29873 indica que entrará en vigencia a partir del trigésimo día hábil siguiente de la publicación de la modificación del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado².

Cabe preguntarse entonces, si existe un plazo para la publicación de las modificaciones al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En efecto, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29873 indica que el Poder Ejecutivo dictará las modificaciones al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dentro de un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación de la Ley N° 29873.

Es decir, que conforme a lo expresado, las modificaciones al Reglamento de la Ley de Contrataciones debieran estar publicadas antes del 06 de agosto de 2012, de manera que antes del 18 de setiembre de 2012 entraría en vigencia la Ley N° 29873 con las modificaciones que veremos en este artículo y las que se establezcan para su Reglamento. Por otra parte, para la fecha tentativa, 18 de setiembre de 2012, los procesos de selección del Estado deberán contemplar las modificaciones implantadas en la normativa, salvo disposición en contrario.

¹ En efecto, conforme se indicó en el artículo único de la Ley N° 29873 "Modifíquense los artículos 3, 9, 11, 19, 20, 22, 23, 27, 28, 32, 39, 41, 51, 52, 53, 56, 58, 60, 62, 63, 64, 68, 70 y Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado (...)"

² El Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ha sido aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

2. LAS MODIFICACIONES A LA LEY N° 29873

Las modificaciones introducidas a la Ley N° 29873 abarcan temas dispares dentro de su texto, proponemos agruparlas en tópicos para hacer más didáctica su exposición:

- a) Ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado (artículo 3)
- b) Actuaciones de Participantes, Postores y Contratistas (artículos 9 y 11)
- c) Fraccionamiento (artículo 19)
- d) Exoneraciones, Desabastecimiento y Emergencia (artículos 20, 22 y 23)
- e) Bases (artículos 27 y 28)
- f) Desierto (artículo 32)
- g) Garantías (artículo 39)
- h) Adicionales, Reducciones y Ampliaciones (artículo 41)
- i) Sanciones (artículo 51)
- j) Controversias e Impugnaciones (artículos 52, 53 y 56)
- k) Funciones del OSCE (artículos 58, 60, 62, 63, 64, 68 y 70)

3. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Se han hecho diversas precisiones puntuales sobre el ámbito de las entidades comprendidas en la Ley de Contrataciones del Estado, pero sobre todo en los supuestos donde la Ley de Contrataciones del Estado no es aplicable.

La única modificación dentro de las entidades comprendidas en la Ley de Contrataciones, consiste en que se consideran dentro de ellas a los proyectos, programas, fondos, órganos desconcentrados, organismos públicos del Poder Ejecutivo, instituciones y demás unidades orgánicas, funcionales, ejecutoras y/o operativas de los Poderes del Estado; así como los organismos a los que alude la Constitución Política del Perú y demás que sean creados y reconocidos por el ordenamiento jurídico nacio-

nal, siempre que cuenten con autonomía administrativa, económica y presupuestal.

Es decir, se ha precisado que los mencionados entes para ser comprendidos dentro de los alcances de la Ley de Contrataciones deben contar con autonomía administrativa, económica y presupuestal. Es conveniente que se contemple precisar esta autonomía en normas de carácter reglamentario para casos específicos de los fondos o programas manejados por el Ministerio de la Mujer, de Vivienda, FONAFE, PROINVERSIÓN, entre otros.

Más profusas son las modificaciones en los supuestos exceptuados del ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado, que a continuación indicamos:

- a) Los contratos administrativos de servicios o régimen que haga sus veces.

Es de público conocimiento que se está evaluando la regulación sobre los polémicos CAS. A la fecha el debate en el Congreso no ha expirado, por lo que no hay certeza sobre el destino que tendrá este tipo de contratación estatal. Se hace bien en exceptuarlo porque el CAS se rige por reglas propias y se prefiere desaparecerlo por las distorsiones que crea este híbrido creado por el Estado, en que el trabajador se encuentra bajo subordinación pero se le niega vínculo laboral con el Estado y por tanto, no se encuentra cubierto de beneficios sociales, como correspondería a otro trabajador a quien se le aplique el Principio de Primacía de la Realidad³.

- Si bien se continúan exceptuando las contrataciones iguales o menores a 3 UIT, no se enerva la responsabilidad de la Entidad de salvaguardar el uso de los recursos públicos de conformidad con los principios de moralidad y eficiencia.

El hecho que para contrataciones menores de 3 UIT se hagan contrataciones directas sin seguir las reglas del proceso de selección del Decreto Legis-

3 Según la definición que se indica en el Portal del Consejo de Ministros, (<http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/sgp/preguntas-cas.htm>): "El CAS es una modalidad contractual de la Administración Pública, privativa del Estado, que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera no autónoma.

Se rige por normas del derecho público y confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones que establece el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM.

No está sujeto a las disposiciones del Decreto Legislativo N° 276 – Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público—, ni al régimen laboral de la actividad privada, ni a ningún otro régimen de carrera especial”.

lativo 1017 no involucra una patente de corso para hacer actos discrecionales mediante la contratación menuda. Es decir, lo que se contrate deberá estar plenamente motivado en decisiones que aseguren las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Todo ello sin dejar de observar las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad. Por tanto, estas contrataciones no dejan de ser controladas dentro del ámbito de control interno que cada entidad debe contemplar por sí misma, así como por la actuación de los órganos del Sistema Nacional de Control (Contraloría General de la República y Órganos de Control Institucional).

- Las infracciones y sanciones previstas para los árbitros están dentro de los alcances de la Ley de Contrataciones del Estado. Al respecto, es conveniente hacer referencia al actual artículo 238 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual indica que el Tribunal del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) puede imponer sanción económica a los árbitros que incumplan con remitir su laudo. Es de prever que las próximas modificaciones al Reglamento incorporen mayores precisiones y supuestos de infracciones y sanciones previstas para los árbitros.

- La modificación en la Ley explícitamente indica que los Convenios de cooperación, gestión u otros de naturaleza análoga, en ningún caso se utilizarán para el encargo de la realización de procesos de selección⁴. Esta modificación, sin duda será conflictiva y polémica, por lo que requerirá ser profundizada a nivel reglamentario. Hasta hace poco tiempo, a fin de evitar fiscalizaciones de Contraloría General, ciertos gobiernos locales con grandes presupuestos, recurrían a convenios de gestión con organismos internacionales con el objeto que realizaran procesos de selección para ejecutar obras y ello fue motivo de sendas denuncias por corrupción. En la actualidad, la Municipalidad Metropolitana de Lima, a cargo de la señora Susana Villarán, por encomiable iniciativa personal ha descartado

usar dicho procedimiento.

- Se exceptúa de los alcances de la Ley de Contrataciones del Estado a la contratación de servicios públicos siempre que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor.

Este añadido está previsto para agilizar la contratación por lo que los Principios de Transparencia y Publicidad ceden al de Eficiencia. No obstante, es conveniente una Reglamentación adecuada del mismo a fin de evitar que cualquier monopolio sea favorecido en desmedro de los intereses del Estado y beneficiarios indirectos, de ser el caso, cuando se trata de servicios que el Estado contrata en favor de la comunidad para obras o servicios cuyo monto es elevado.

- También se encuentra fuera del ámbito de la Ley el supuesto de las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o entidades cooperantes, que se deriven de donaciones efectuadas por estos, siempre que dichas donaciones representen por lo menos el 25% del monto total de las contrataciones involucradas en el Convenio suscrito para tal efecto.

Un aspecto interesante es que se elimina la siguiente norma de excepción al ámbito de la Ley de Contrataciones: "Los contratos de locación de servicios o de servicios no personales que celebren las Entidades con personas naturales, con excepción de los contratos de consultoría". Cabría esperar, que a partir de la vigencia de esta modificación, los contratos de locación de servicios se encuentren comprendidos dentro de los alcances de la Ley de Contrataciones del Estado a menos que el Reglamento modificado o el OSCE mediante opiniones establezcan atenciones al respecto.

4. ACTUACIÓN DE PARTICIPANTES, POSTORES Y CONTRATISTAS

Si bien las Bases de los Procesos de selección⁵ exi-

⁴ Se refiere a los Convenios de cooperación, gestión u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, o entre éstas y organismos internacionales, siempre que se brinden los bienes, servicios u obras propios de la función que por ley les corresponde, y además no se persigan fines de lucro.

⁵ Según el Anexo Único de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el Proceso de selección es un procedi-

gen a los postores 6 la documentación que estos hubieran tenido que presentar para su inscripción ante el Registro Nacional de Proveedores (RNP) es necesario indicar que el artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado recibe importantes adiciones en lo que corresponde al RNP.

Según la modificatoria, en vez de publicarse en El Peruano la relación de sancionados por el OSCE se hará en el Portal del mismo OSCE conforme a lo previsto en el Reglamento y la información comprenderá datos sobre los socios, accionistas, participacionistas o titulares, y de los integrantes de los órganos de administración. Es interesante llegar a este nivel de detalle porque los socios y representantes legales de empresas sancionadas por el OSCE acostumbran evadir la ley creando nuevas empresas para poder seguir contratando por el Estado y usando el personal de las empresas sancionadas en sus propuestas técnicas. Una evidente falta a los Principios de Transparencia y del Trato Justo e Igualitario. No es justo que un proceso de selección, los accionistas y representantes legales de una empresa sancionada por el OSCE desplacen a una empresa que si cumple las normas de contrataciones, mediante el truco de crear una empresa nueva que los disfrace.

En este marco de ideas es importante que se establezca que los proveedores cuya inscripción en el RNP haya sido declarada nula por haber presentado documentación falsa o información inexacta sólo podrán solicitar su reinscripción en el RNP luego de transcurridos dos años desde que quedó administrativamente firme la resolución que declaró la nulidad.

Cabe indicar que el RNP no debe exigir la licencia de funcionamiento en el procedimiento de inscripción. Las Bases de los procesos de selección no pueden exigir la documentación que hayan tenido

que presentar ante el RNP. Si se sigue que la licencia de funcionamiento no se exige en el RNP, se deduce que las Bases de los procesos de selección pueden exigir la licencia de funcionamiento de los postores a fin de tener certeza sobre la formalidad de los mismos.

Un aspecto que merece ser destacado es la modificación respecto de los proveedores del Estado inscritos como Ejecutores de Obra ante el RNP. Se les asignará una capacidad máxima de contratación que será calculada en función de su capital social suscrito y pagado en el Perú y de la experiencia con la que cuenten como ejecutores de obra quedando expresamente establecido que el capital social suscrito y pagado de las personas jurídicas inscritas como ejecutores de obra ante el RNP, no podrá ser inferior al 5% de su capacidad máxima de contratación; y en el caso de personas jurídicas que no estuvieren constituidas en el Perú y que en consecuencia no contarán con capital social en el país, en función de la asignación de capital que le hubiera sido efectivamente depositada en una entidad del sistema financiero nacional en el caso de las sucursales y, de un mecanismo equivalente en el caso de las personas jurídicas no domiciliadas, quienes deberán acreditar haber depositado en una cuenta abierta de una empresa del sistema financiero nacional, a nombre de su representante legal en el país, el monto en virtud del cual se calculará su capacidad máxima de contratación. Tanto en el caso de las sucursales de personas jurídicas extranjeras en el Perú como de personas jurídicas no domiciliadas, los aportes dinerarios antes señalados, a efectos de tener validez frente al RNP, deberán haber sido aprobados por la Junta General de Accionistas u órgano análogo de la Sociedad, previamente a su depósito efectivo, de acuerdo a los estatutos de cada empresa o a las leyes del país en virtud de las cuales se hubiere constituido la matriz.

miento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las Entidades del Estado van a celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios o la ejecución de una obra.

⁶ No hay que confundir a los participantes y los postores. Mientras que un Postor en el Anexo Único de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones, es la persona natural o jurídica legalmente capacitada que participa en un proceso de selección desde el momento en que presenta su propuesta o su sobre para la calificación previa, según corresponda; el Participante está definido como el proveedor que puede intervenir en el proceso de selección, por haberse registrado conforme a las reglas establecidas en las Bases. No todo participante presenta adecuadamente su propuesta técnica y económica convirtiéndose en postor. Pero de manera evidente, todo postor se inscribió como participante de acuerdo a las reglas de las Bases del Proceso de Selección.

Sin perjuicio de lo antes señalado, a efectos de realizar la inscripción de empresas extranjeras ante el RNP se aplicará el Principio de Reciprocidad, el cual consiste en que las empresas extranjeras recibirán el mismo trato que las empresas peruanas reciben en su país de origen en materia de contrataciones del Estado. Sería interesante que esta noción sea incorporada dentro de las modificaciones que se hagan al Anexo Único de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Las condiciones indicadas sobre el RNP incluidas en la modificación del artículo 9 de la Ley de Contrataciones, no se aplican a los proveedores que provengan de países con los cuales el Perú tuviera vigente un tratado o compromiso internacional que incluya disposiciones en materia de contrataciones públicas; ni a las micro y pequeñas empresas – MYPE's debidamente inscritas en el Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa (REMYPE).

No puede omitirse una importante modificación a la Ley de Contrataciones del Estado prevista para el artículo 11. Si bien estaba prohibida la concertación de precios, condiciones y ventajas, entre proveedores o entre proveedores y terceros, que pueda afectar la mayor concurrencia y/o competencia en los procesos de contratación, se ha decidido incorporar un supuesto que merece mucha atención: cuando se produzcan acuerdos para no participar o no presentar propuestas en los procesos de contratación. Si un funcionario o servidor interviene o favorece estas prácticas, será pasible de sanción penal y administrativa. Puede colegirse que mediante esta norma se profundiza la represión de prácticas

de concertación que afecte la concurrencia y/o competencia en los procesos de contratación. De esta manera se respeta el Principio de Trato Justo e Igualitario de la Ley de Contrataciones, el cual consiste en que todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

5. FRACCIONAMIENTO

Según el artículo 19 de la Ley de Contrataciones del Estado queda prohibido fraccionar la contratación de bienes, de servicios y la ejecución de obras con el objeto de modificar el tipo de proceso de selección que corresponda, según la necesidad anual.

Conforme opina Alberto Retamozo Linares, es interesante que la actual normativa de Contrataciones haya excluido de la responsabilidad por el fraccionamiento al Titular de la Entidad o a la Máxima Autoridad Administrativa, ubicándola sólo en el Órgano Encargado de las Contrataciones⁷. Eso se mantiene. No obstante se ha incorporado como supuesto de fraccionamiento la evasión de la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado para dar lugar a contrataciones menores a tres (3) UIT, y/o de acuerdos comerciales suscritos por el Estado peruano en materia de contratación pública. En la aplicación de la Ley, habrá que tener cuidado que no se realicen, por ejemplo, adjudicaciones de menor cuantía que por su monto y similitud en el objeto eluden la realización de otro tipo de proceso de selección⁸.

⁷ RETAMOZO LINARES, Alberto. Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. Análisis y Comentarios. Jurista Editores EIRL. Lima. pág. 302.

⁸ Exp. 174-2004-GTN. Individualización artificial de un objeto contractual en múltiples AMC.-

Contra la convocatoria de la Adjudicación Directa Selectiva N° 0495S00021 el Observante cuestiona que se haya convocado a una adjudicación directa selectiva para contratar el servicio de atención ambulatoria de hemodiálisis, por cuanto considera que se habría incurrido en fraccionamiento, ya que dicha demanda debió concentrarse con otras convocatorias que para el mismo objeto ha realizado la Entidad// PRONUNCIAMIENTO: Se acoge la presente observación. En primer lugar, cabe precisar que todo proceso de selección debe abarcar la totalidad del objeto de la adquisición o contratación, y comprender todos y cada uno de los elementos que sean necesarios para ello, por lo tanto, toda individualización artificial que comprometa a los elementos de un único objeto contractual está sujeto a la prohibición de fraccionamiento, sin perjuicio de lo dispuesto con relación a la contratación por etapas, tramos, lotes o paquetes. En el presente caso, la Entidad ha decidido convocar a un sin número de Procesos de Selección, bajo la modalidad de Adjudicación Directa Selectiva, para contratar el servicio de atención ambulatoria de hemodiálisis. Por un lado, debemos de señalar que, la diferencia existente entre los procesos convocados radica en la ubicación geográfica de los beneficiados, y del otro señalar que, ni las Bases ni del Informe Técnico correspondiente se desprende que la convocatoria a dichas adjudicaciones directas selectivas obedezca a contrataciones por etapas, tramos, lotes o paquetes. Para el caso en particular se ha convocado un Concurso Público, según relación de ítems; sesiones sin recurso y

6. EXONERACIONES, DESABASTECIMIENTO Y EMERGENCIA

En el artículo 20 se añadió el supuesto de aquellas situaciones que supongan el grave peligro de que ocurran catástrofes, o acontecimientos que afecten la defensa o seguridad nacional. Es decir, ya no se trata solamente de los hechos puntuales sino también del peligro que ocurran.

El artículo 22 (sobre Desabastecimiento) incorpora como novedad que tratándose de contrataciones bajo la cobertura de un tratado o compromiso internacional que incluya disposiciones sobre contrataciones públicas, la exoneración sólo procede si la situación de desabastecimiento reúne las condiciones indicadas en el primer párrafo del artículo 22⁹.

En el artículo 23 (Situación de Emergencia) se añadió el supuesto de aquellas situaciones que supongan el grave peligro de que ocurran catástrofes, o acontecimientos que afecten la defensa o seguridad nacional. Es decir, ya no se trata solamente de los hechos puntuales sino también del peligro que ocurran. La Entidad queda exonerada de tramitar el expediente administrativo, debiendo obtener en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir y atender los requerimientos generados como consecuencia del evento producido, sin sujetarse a los requisitos formales de la Ley de Contrataciones del Estado.

7. BASES

Sobre el Valor Referencial (artículo 27 de la Ley de Contrataciones del Estado) se indica en los procesos de selección sujetos a la modalidad de Convenio Marco, que la determinación del valor referencial es facultativa.

Si actualmente el valor referencial (tratándose de obras) no podrá tener una antigüedad mayor a los seis meses contados desde la fecha de convocatoria del proceso respectivo, ahora, con la modificatoria incorporada por la Ley N° 29873, se indica que se deben contar los seis meses desde la fecha de determinación del presupuesto consignado en el Expediente Técnico (obviamente, que eso involucra un estadio anterior a la fecha de convocatoria).

El artículo 28 de la Ley de Contrataciones del Estado está referido a las Consultas y Observaciones a las Bases. No se indica si el Cronograma debe contemplar un plazo para absolver las consultas, lo cual nos parece una omisión que el Reglamento debe rectificar.

Más importante aún, es que la modificación en la Ley de Contrataciones vuelve a poner sobre el tapete el problema de las Observaciones que no son acogidas por el Comité Especial. En el texto modificatorio se indica que los participantes pueden solicitar que las Bases y los actuados del proceso (obviamente, previamente a la presentación de propuestas) sean elevados para pronunciamiento del OSCE, siempre que se cumpla con los supuestos de elevación que se establecerán en el Reglamento.

En el texto aún vigente, se indica que en el caso que el Comité Especial no acogiera las observaciones formuladas por los participantes, éstos podrán solicitar que las Bases y los actuados del proceso sean elevados al OSCE, siempre que el Valor Referencial del proceso de selección sea igual o mayor a 300 UIT. Podrá entenderse que la Ley modificada contempla retirar la condición referente al valor referencial igual o mayor a 300 UIT, pero no se conoce lo que ocurrirá cuando el Reglamento sea modificado.

con recurso, para la contratación del servicio de atención ambulatoria de hemodiálisis para los asegurados de ESSALUD y sus derecho habientes, incluyéndose la totalidad de las zonas geográficas del lugar de residencia de todos los beneficiados. Por lo tanto, tratándose del mismo tipo de servicio, no habiéndose sustentado la necesidad de efectuar tales distinciones; por tanto, la totalidad de la demanda debió ser acumulada en un solo proceso de selección. ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro. Comentarios a la nueva Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado. Pacífico Editores. Lima. pág. 251 y 252.

⁹ Sección que no ha cambiado y está referida a Desabastecimiento como situación inminente, extraordinaria e imprevisible en la que la ausencia de un bien o servicio compromete en forma directa e inminente la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo. En tal situación se exonera a la Entidad de la tramitación del Expediente administrativo y podrá ordenar la ejecución de lo estrictamente necesario para remediar el evento producido y satisfacer la necesidad sobrevenida, sin sujetarse a los requisitos formales de la Ley de Contrataciones del Estado.

8. DESIERTO

En el artículo 32 de la Ley de Contrataciones del Estado se incorpora el siguiente párrafo:

“El proceso de adjudicación de menor cuantía derivado de un proceso de selección declarado desierto, debe contar con las mismas formalidades del proceso original”.

Este supuesto funciona cuando una licitación pública, concurso público o adjudicación directa sean declaradas desiertas. Entonces, se deriva un proceso de adjudicación de menor cuantía con las mismas formalidades del proceso original.

9. GARANTÍAS

La única modificación dentro del artículo 39 está referida a que las garantías que acepten las Entidades deben ser emitidas por empresas bajo supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías. No da la impresión que la modificación de este artículo sea necesaria.

10. ADICIONALES, REDUCCIONES Y AMPLIACIONES

En el artículo 41 (que se ha dividido en numerales) se añadió que respecto a los servicios de supervisión, cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un monto máximo del 15% del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas. Cuando se supere el citado porcentaje, se requerirá la autorización previa al pago de la Contraloría General de la República, no siendo aplicable para este caso el límite del 25% del monto previsto en el primer párrafo del artículo 41.

11. SANCIONES

En el artículo 51 se han incorporado las siguientes modificaciones referidas a las sanciones administrativas que se impondrá a los proveedores, participantes, postores y contratistas que incurran en las siguientes infracciones:

- a) Se registren como participantes, presenten propuestas o suscriban un contrato o acuerdo de Convenio Marco sin contar con inscripción en el RNP.
- b) Suscriban contrato pese a ser notificados de la suspensión o nulidad del proceso de contratación, dispuesta por el OSCE en ejercicio de sus funciones.
- c) Incurran en la prohibición de concertación de precios, condiciones o ventajas, entre proveedores o entre proveedores y terceros, que pueda afectar la mayor concurrencia y/o competencia en los procesos de contratación. Lo cual también puede materializarse mediante acuerdos para no participar o no presentar propuestas en los procesos de contratación. Se anuncia que el Reglamento incluirá supuestos de socios comunes no permitidos. Queda en el aire la pregunta si se aludirá o se recogerá la normativa de empresas vinculadas creada dentro de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV, antes CONASEV).

Debe enfatizarse que todas las infracciones contempladas en el artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado pueden dar lugar a inhabilitación definitiva (según corresponda) por lo que se elevan las sanciones previstas.

Específicamente sobre la presentación de documentos falsos o información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones o al OSCE, la sanción se eleva el rango a inhabilitación temporal no menor de tres años ni mayor de cinco años. La reincidencia se sanciona con inhabilitación definitiva, independientemente del período de reincidencia y el número de sanciones previstas.

Un aspecto muy interesante es que si concurre más de una infracción en el proceso de selección o en la ejecución de un contrato se aplica la sanción

prevista para la infracción de mayor gravedad, tal como se actúa dentro de los parámetros del derecho penal para el concurso de penas.

11. CONTROVERSIAS E IMPUGNACIONES

Las modificaciones a los artículos 52, 53 y 56 aportan interesantes novedades.

Por ejemplo, la conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia.

En caso que la controversia sea sobre las siguientes materias:

- a) Nulidad del contrato;
- b) Resolución del contrato;
- c) Ampliación de plazo contractual;
- d) Recepción y conformidad de la prestación;
- e) Valorizaciones y metrados; y,
- f) Liquidación del contrato y pago.

Se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme a lo que será señalado en el Reglamento. La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del OSCE en el plazo que el Reglamento establecerá, salvo cuando se trata de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros.

Para el caso del arbitraje, es necesario tener en cuenta que de manera imperativa tienen preferencia las normas de derecho público sobre las de derecho privado. El incumplimiento de esta disposición será causal de anulación del laudo.

El laudo arbitral que siga lo dispuesto en la Ley, es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento en que sea notificado a las partes en forma personal y a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) para efecto de su validez. La notificación se dará por efectuada desde ocurrido el último acto. Contra dicho laudo solo cabe interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado (si acaso hace primar normas de derecho privado sobre el público, por ejemplo) y al Decreto Legislativo 1071, Ley de arbitraje.

Si el árbitro, por ejemplo, no informa oportunamente de alguna circunstancia que le impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, no actúa con transparencia o no sustenta adecuadamente que prefiera una norma de derecho privado a la de derecho público; se configura una infracción sancionable administrativamente, según la gravedad de la falta cometida, con suspensión temporal o inhabilitación permanente para ejercer el cargo de árbitro en las controversias que se produzcan dentro del marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento; con la consecuente suspensión o exclusión del Registro de Árbitros del OSCE, según la sanción impuesta.

La sanción administrativa para el árbitro se aplica sin perjuicio de la que pudiera corresponder conforme al Código de Ética para el arbitraje administrado por el OSCE o por otra institución que lleva adelante el proceso.

Puede observarse que el régimen arbitral ha sido endurecido y de incumplir sus obligaciones ya no se trata de una suspensión lo que está en juego, sino de la exclusión o inhabilitación permanente.

Las partes podrían dispensar a los árbitros de las causales de recusación que no constituyan impedimento absoluto.

Si el convenio arbitral establece que el arbitraje es institucional, y no se hace referencia a una institución arbitral determinada, entonces se entenderá que el arbitraje se rige bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, según el Reglamento previsto.

Vale la pena indicar que el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE constituye un régimen institucional de arbitraje especializado para la resolución de controversias en las contrataciones con el Estado. Es autónomo, especializado y se rige por su propio reglamento que es aprobado por el OSCE y supletoriamente por la Ley de Arbitraje. El Reglamento establecerá su conformación y atribuciones.

Cuando se trata de un recurso de apelación planteado a la Buena Pro dentro de un proceso de selección, la modificación al artículo 53 de la Ley de Contrataciones, precisa que será conocido y resuel-

to por el Tribunal de Contrataciones del Estado, cuando se trate de procesos de adjudicación directa pública, licitaciones públicas y concursos públicos, incluidos los procesos de menor cuantía cuando deriven de procesos declarados desiertos.

En los procesos de menor cuantía y en las adjudicaciones directas selectivas, corresponde dicha competencia al Titular de la Entidad.

Por último, el artículo 56 de la Ley de Contrataciones aporta dos nuevas situaciones en que la Entidad puede declarar de oficio la nulidad de los actos derivados de un proceso de selección, después de celebrado el contrato:

- a) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguna de las causales de exoneración.
- b) Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumirán responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad contratante, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.

12. FUNCIONES DEL OSCE

Una de las modificaciones más importantes dentro de la Ley de Contrataciones son las nuevas funciones que ha recibido el OSCE y que enunciamos a continuación:

- a) Implementar actividades y mecanismos de desarrollo de capacidades y competencias en la gestión de las contrataciones del Estado.
- b) Se precisó, respecto de la supervisión y fiscalización aleatoria de los procesos de selección para proveer de bienes, servicios u obras, que se asume el pago con fondos públicos, independientemente del régimen legal. Esta supervisión alcanza a las contrataciones previstas en los siguientes supuestos:
 - Contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a tres UIT vigentes al momento de la transacción.
 - Convenios de cooperación, gestión u otros de na-

turalidad análoga, suscritos entre Entidades, o entre éstas y organismos internacionales.

- La contratación de servicios públicos, siempre que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor.

- Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o entidades cooperantes, que se deriven de donaciones efectuadas por éstos, siempre que dichas donaciones representen por lo menos el 25% del monto total de las contrataciones involucradas en el Convenio suscrito para tal efecto.

- c) Imponer sanciones a los árbitros conforme a lo explicado anteriormente.

- d) Poner en conocimiento de Contraloría General de transgresiones observadas en el ejercicio de sus funciones, así como de la comisión de infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional de acuerdo al marco legal vigente¹⁰.

- e) Si se suspenden procesos de contratación por transgresiones a la normativa, se puede adoptar y/o disponer las medidas que resulten necesarias para tal efecto, incluida la no emisión de las constancias necesarias para la suscripción del respectivo contrato, sin perjuicio de la atribución del Titular de la Entidad de declarar la nulidad de oficio de dichos procesos.

- f) Realizar estudios conducentes a evaluar el funcionamiento de los regímenes de contratación del Estado, analizar y proponer nuevos mecanismos idóneos de contratación según mercados, así como proponer estrategias destinadas al uso eficiente de los recursos públicos.

Otro aspecto sobre el cual se han extendido las modificaciones a la Ley de Contrataciones es el del Consejo Directivo del OSCE.

Se les designa por tres años, renovables por tres años adicionales. A la vez se contempla que pueden ser removidos por permanente incapacidad física o moral sobreviniente, por falta grave o pérdida de confianza (artículos 60 y 62 de la Ley de Contrataciones).

¹⁰ A ello cabe agregar, que no se altera la facultad de avisar a Contraloría General cuando se detectan indicios razonables de delito.

El Tribunal del OSCE, recibe como función la de aplicar sanciones de inhabilitación temporal o definitiva a los árbitros, como ya se ha indicado anteriormente (artículo 63 de la Ley de Contrataciones). Sus miembros (Vocales) son designados por tres años y entre otros requisitos, no deben tener sentencia condenatoria por delito doloso (artículo 64 de la Ley).

Es necesario indicar que según la Única Disposición Complementaria Transitoria, los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado elegidos por concurso público en el marco del Decreto Supremo 189-2011-EF, que aprueba el procedimiento para el concurso público de evaluación y selección de los vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado, mantienen su cargo hasta el cumplimiento del plazo previsto en el artículo 64 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo 1017¹¹, contados desde la fecha de su designación, sin perjuicio de las causales de remoción correspondientes.

Por último y no menos importante, se han precisado diversos aspectos respecto del SEACE que es conveniente indicar:

El artículo 68 de la Ley establece la obligatoriedad de su uso, independientemente del régimen legal de contratación pública o fuente de financiamiento al que se sujete la contratación, conforme a los requisitos que el Reglamento establecerá.

En los procesos de menor cuantía, las contrataciones se realizan obligatoriamente en forma electrónica a través del SEACE conforme a las excepciones que se dispondrán en el Reglamento. El propio Reglamento indicará la forma en que se aplican progresiva y obligatoriamente las contra-

taciones electrónicas a los procesos de licitación pública, concurso público, adjudicación directa pública y adjudicación directa selectiva en sus distintas modalidades.

La modificación incorporada al artículo 68 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que las Entidades están obligadas a registrar, mensualmente, sus contrataciones por montos de una a tres UIT en el SEACE.

Por último, según el artículo 70 de la Ley, todos los actos realizados a través del SEACE, incluidos los efectuados por el OSCE en el ejercicio de sus funciones, se entienden notificados el mismo día de su publicación, salvo el caso de las notificaciones de Laudo Arbitral, en forma personal y a través del SEACE, para efecto de su validez. El SEACE debe permitir, operativamente la notificación del laudo que se dará por efectuada desde ocurrido el último acto.

Para concluir, es conveniente recordar que las modificaciones incorporadas en la Ley de Contrataciones recién tendrán vigencia con la publicación del Reglamento previsto.

A lo largo de este artículo se han apuntado todos los diversos aspectos en que el Reglamento va a despejar dudas con respecto a las innovaciones introducidas. No obstante lo dicho, nos permitimos recomendar atención preferente a los cambios efectuados sobre el fraccionamiento; exoneraciones, desabastecimiento y emergencia; adicionales; sanciones para los árbitros y nuevas funciones del OSCE y el modesto objetivo de este artículo ha sido efectuar breves apuntes sobre estos importantes aspectos.

¹¹ Según la modificación a la Ley de Contrataciones del Estado, los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado son elegidos por concurso público y designados por un período de tres años.